

A. I. N° - 269440.0039/04-1
AUTUADO - BLENDAMINERAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - WALTER KUHN
ORIGEM - INFAZ B. J. LAPA
INTERNET - 22/03/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0083-01/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL CORRESPONDENTE. Somente é admitida a utilização do crédito fiscal mediante apresentação do documento correspondente. **c)** SERVIÇO DE TRANSPORTES. IMPOSTO RETIDO EM PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS E INTERMUNICIPAIS SOB CLÁUSULA FOB, POR CONTRIBUINTES AUTÔNOMOS. Nesta condição é o destinatário quem faz jus ao crédito fiscal, pois pe esse quem arca com o ônus financeiro do frete, não havendo previsão para que seja utilizado pelo remetente. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/09/2004, exige ICMS no valor de R\$75.692,40, decorrente de:

- 1- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$2.134,58, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. (ANEXO I)
- 2- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$14.801,59, através de cópia de notas fiscais. (ANEXO II)
- 3- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$58.756,23, retido sobre o frete na condição de responsável pela retenção e recolhimento (sujeito passivo por substituição) do imposto nas prestações de serviços interestaduais e intermunicipais, com cláusula FOB, sendo o serviço prestado por autônomo. (ANEXO III)

O autuado apresentou defesa, às fls. 105/136, ressaltando que comprovará a total improcedência do Auto de Infração.

Argumenta que o direito a utilização do crédito do tributo decorrente da aquisição de materiais empregados no processo produtivo tem sua origem no princípio da não cumulatividade, presente no mecanismo de incidência de impostos sobre o valor adicionado, caso típico do imposto sobre produtos industrializados e de circulação de mercadorias e serviços, citando dispositivos da Constituição Federal e transcrevendo o artigo 49, II, da Lei 4.825/89, artigo 93 e 94 do RICMS/97, o Parecer Normativo nº 01/81 e doutrina sobre o tema.

Assevera que a Lei Complementar nº 87, de 13.09.96, assegura ao contribuinte o direito ao crédito do imposto relativo a operações das quais tenha decorrido a entrada de mercadorias no estabelecimento, inclusive daqueles destinados ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente.

Salienta que o crédito de ICMS é dado pela Constituição. É errado supor que ele decorra de outorga da lei. Por isso, exclusão ou redução de crédito só pode emergir de rigorosa interpretação constitucional, jamais de norma legislativa, mesmo complementar, citando doutrina e jurisprudência de outros órgãos, folhas 122/125, e à folha 126 cita as Resoluções nºs 111/87 e 993/90.

Ressalta que para se ter uma idéia da participação e da real utilização de cada um dos insumos questionados no processo extrativo do autuado, requer a juntada dos documentos, nos quais consta descrição técnica pormenorizada dos materiais empregados no processo extrativo e beneficiamento dos minérios, cujo crédito fiscal está sendo questionado pelo autuante, independente de constar também de um fluxograma do seu processo produtivo, comprovando que se enquadram no conceito de “produtos intermediários”, definido no Parecer Normativo nº 01/81, da Procuradoria Fiscal.

À folha 127, requer a improcedência das infrações 01 e 02.

Quanto à alegada infração 3, diz que improcede, desde quando efetuou as vendas a preço FOB, utilizando como veículo transportador autônomo, em estrita observância ao expressamente consignado no artigo 645, III, do RICMS e, por exame apurado das notas fiscais que embasaram a comercialização do produto, constata-se a legalidade do procedimento adotado. Estando a utilização do crédito amparado no artigo 94, do RICMS.

Afirma que, compulsando detidamente as notas fiscais, constata-se que foram consignado o valor alusivo a prestação de serviços de transporte, com individualização do transportador, veículo, valor do frete, base de cálculo e valor do ICMS retido, não havendo qualquer irregularidade na emissão das notas fiscais, muito menos na utilização do crédito fiscal.

Diz que, por cautela, impugna a alíquota constante do Auto de Infração, desde quando, aplica-se a alíquota de 12%, improcedendo, também, a alegada multa.

Aduz que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura aos administrados a ampla defesa, inclusive em processos administrativos. Devendo-se entender como garantia de defesa não apenas a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado e, principalmente, produzir provas, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis, sendo nulo o processo administrativo sem contraditório, citando doutrina e jurisprudência sobre o tema às folhas 129/134.

Requer a realização de todos os tipos de prova, a realização de perícia, tendo indicado o nome do assistente técnico.

Ao finalizar, requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fl. 989, o autuante informa que, em relação a 1, a defesa alega que é inconstitucional a não utilização do crédito fiscal quando da aquisição de materiais destinados ao uso e consumo, entretanto o RICMS/97 no artigo 93, inciso V, alínea “b” expressamente afirma que somente a partir de 01/01/2007 será permitida a utilização do crédito fiscal na aquisição destinados ao uso e consumo.

Em relação a infração 3, a defesa argumenta que o procedimento encontra-se embasado no artigo 94 e 645, III, do RICMS/BA. Entretanto nas operações efetuados a preço FOB (art. 645), a utilização do crédito fiscal quando o transporte é efetuado por transportador autônomo, o crédito fiscal é do estabelecimento destinatário. Não poderia a empresa na condição de contribuinte normal,

figurando como sujeito passivo por substituição tributária, reter o frete, recolher o imposto e ao mesmo tempo se creditar do imposto retido.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

No mérito, em relação a infração 01, o autuado é acusado de utilizar indevidamente de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Efetivamente, tratando-se de material de consumo, como é o caso da presente lide, pois os produtos são juntas, bucha, anéis, arruelas, porcas, cones, retentores, rolamentos, parafusos, somente a partir de 01/01/07, será possível a utilização do referido crédito fiscal, conforme determinação da legislação em vigor, a qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

(...)

b) a partir de 01/01/07, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§11) (Lei Complementar nº 87/96);”

Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Quanto a infração 02, a legislação tributária em vigor, somente permite a utilização do crédito fiscal mediante a apresentação de cópia da nota fiscal, quando atendido os requisitos previstos no inciso IX, do art. 94, do RICMS/97, abaixo transcrito:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

(...)

IX - em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte;”

Logo, como o autuado não atendeu ao disposto acima transcrito, entendo que a infração restou caracterizada.

No tocante a infração 03, é imputado ao sujeito passivo a utilização indevida de ICMS, , retido sobre o frete na condição de responsável pela retenção e recolhimento (sujeito passivo por substituição) do imposto nas prestações de serviços interestaduais e intermunicipais, com cláusula FOB, sendo o serviço prestado por autônomo.

A matéria em lide encontra-se regulamentada no art. 94, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97, o qual prevê que o crédito será utilizado pelo destinatário. Assim, o remetente não poderia creditar-se no mesmo crédito fiscal, conforme determinação do dispositivo acima indicado, o qual transcrevo para uma melhor entendimento:

“Art. 94. Nas operações efetuadas a preço FOB (art. 645), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto anteriormente cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

I - tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:

b) por transportador autônomo, poderão ser utilizadas pelo destinatário, como crédito fiscal, tanto o valor do imposto relativo à operação como o relativo à prestação;”

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269440.0039/04-1**, lavrado contra **BLENDA MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$75.692,40**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR